Archiv
für die
civilistische Praxis.

XV.

Von Behandlung der Gläubiger zur Erlangung eines Nachlaßvertrags und zur Abwendung eines Concurses.

Von Herrn Professor Heffter in Bonn.

Ich will versuchen, die wenigen positiven Quellen dieses Instituts zu analysiren und das, was in neuern Zeiten dabei angenommen worden ist, gegenüber zu stellen; mit Beschränkung auf die erheblichen, weniger verhandelten Controversen.*)

Es ist bekannt, daß überschuldete Verlassenschaften, zu denen sich kein Erbe fand und wovon auch für den Fiscus kein Ueberschuß zu erwarten war, im Wege des allgemeinen Concursverfahrens durch einen sogenannten Güterverkauf zum Vortheil der Gläubige rversilbert wurden. Eine solche Maasregel beschimpfte den Namen und die bürgerliche Nachexistenz des Verstorbenen, der Schimpf (ignominia) aber wurde abgelehnt, wenn ein necessarius heres oder ein suus et necessarius, der nicht abstinirte, vorhanden war; denn alsdann ging der Güterverkauf auf den Namen des Erben und ihre nachtheiligen Wirkungen trafen ihn [1]). Schon D. Pius

*) Die neuere Literatur über diesen Gegenstand findet sich angegeben bei Danz, Martin, Thibaut, Linde, bei der Darstellung des Concursprocesses.

1) *Gaius* Comm. II. §. 154. sqq. §. 1. J. *de her. qual.*

erließ hierüber eine mildernde Verordnung, deren näheren Inhalt wir aber nicht wissen [2]; ausführlicher constituirte D. Marcus [3]) und seine Bestimmungen sind noch die Grundlagen des jetzigen Rechts. Im Wesentlichen waren es die folgenden: Stirbt Jemand in verschuldeten Vermögensverhältnissen, so haben die Erben noch ante aditam haereditatem die Befugniß, zur Erhaltung und Schonung des Namens des Verstorbenen mit den Gläubigern auf gewisse Procente giltig zu accordiren, und sogar unter Auctorität des Prätor zu einem solchen Accord die Minorität der dissentirenden Gläubiger durch die Majorität der consentirenden zu zwingen. Die Klagen finden alsdann nur Statt auf die accordirten Quanta, sonst hat der Erbe die exceptio pacti s. doli [4]). Daß ein Gemeinschuldner selbst bei seinem Leben ein derartiges Zwangsrecht gehabt habe, ist nirgends ersichtlich; blos famae defuncti conservatio war der Zweck der kaiserlichen Verfügungen [5]). Worin die ignominia bei Zwangsverkäufen übrigens bestanden habe, wie viel davon juristisch war und wie viel blos der öffentlichen Meinung angehörte, wissen wir nicht. Anfangs mag es beim Census und bei den notis censoriis in Betracht gekommen seyn — denn darauf deutet das Wort ignominia hin, — und Cicero nennt ja den Streit ob einer venditio bonorum eine causa capitis; nachher fiel es unfehlbar mit dem Begriff der infamia zusammen; und das Meiste lag am Ende dabei nur, wie bei uns, in der öffentlichen Meinung; ganz allgemein heißt es in §. 1. J. qui et quib. ex c. manum. n. p. der Zweck der Einsetzung eines heres necessarius sey der, *ne injuria defunctus adficiatur*.

2) Vgl. L. 10. pr. D. *de pactis*.

3) Ebendaselbst.

4) L. 7. §. 17 — 19. L. 8 — 10. pr. D. ib. L. 23. D. *quae in fraudem creditor*.

5) S. die letztere Stelle.

Während es nun auf der einen Seite von den neuern Erklärern des römischen Rechts auffallend gefunden wurde und unvereinbar mit andern Grundsätzen [6]), daß man durch den Consens anderer Personen zu einem Vergleich solle gezwungen werden können, und daher auch einzelne Landes- und Stadtrechte die Anwendung des römischen Rechts, selbst in der ursprünglichen Beschränkung, in allen Concursfällen ausschlossen [7]): so entschied sich dennoch in Deutschland die Praxis ziemlich allgemein für die Annahme der obigen Bestimmungen und dehnte sie sogar auf noch lebende Gemeinschuldner aus [8]). Die Praxis ist nur bindend, wenn sie einen vernünftigen Grund hat, dieser ist aber allerdings vorhanden. Wir erfahren nämlich schon aus L. 7. §. 18. D. *de pactis*, daß auch der necessarius heres vor der Einmischung in die Verlassenschaft zu einem solchen Accord provociren konnte [9]); da aber handelte es sich von der Abhaltung der ignominia von einem Lebenden, der für seine Person schuldlos davon betroffen worden wäre; ferner suchte man auch bei besonders angesehenen Personen die Schande des Güterverkaufs durch ein weniger formelles Verfahren zu umgehen, endlich ließ es ja Justinian in L. ult. c. *qui bonis cedere p.* ebenfalls auf die Majorität der Gläubiger ankommen, ob sie die cessio bonorum annehmen, oder lieber einen Indult sich gefallen lassen wollten; warum sollte die Praxis der Gerichte nicht noch einen Schritt weiter gehen und unter ähnlichen Voraus-

---

6) Vgl. z. B. L. 28. D. *comm. div.* L. 30. C. *de pact.*

7) Z. E. des jus lubecense. S. *Mevius* ad J. lub. III, 1, 13. auch *Noodt* de pact. c. 21. *Voet.* ad Pand. II, 14, 7.

8) S. besonders *Brunnemann* ad Pand. II, 14. *Berlich* decis. II, 236. No. 5. seq. *W. A. Lauterbachii* disp. de praejudiciali pacto maior. part. cred. Tub. 1667. 4. Vgl. Danz summ. Proceße §. 166. *Boehmer* Exerc. ad Pand. V. ex. 89.

9) Strengere Ansichten über einen solchen Notherben hatte das ältere römische Recht. Man sehe aber schon Sabinus mildere Meinung bei Gaius l. c.

setzungen auch einem lebenden Gemeinschuldner einen rö stlichen Vergleich zu erzwingen möglich machen? Wenn das Gesetz auf Erhaltung der bürgerlichen Ehre eines Verstorbenen — ohne Rücksicht ob er den Vermögensverfall verschuldet oder nicht — so viel Gewicht legt, daß es deßhalb einzelne Gläubiger zur Aufopferung pecuniärer Vortheile nöthigt, wenn es ferner einen unschuldigen Notherben in gleicher Art begünstigt; warum sollte es einem Lebenden unter analogen Verhältnissen ein ähnliches Rettungsmittel versagen? Humanitas ist das einzige Motif des Gesetzes. Der erheblichste Einwurf gegen die weite Ausdehnung der Praxis ist folgender. Ist es wahr, wie nicht geläugnet werden kann, daß die Erhaltung der bürgerlichen Ehre der Zweck eines erzwingbaren Nachlaßvertrages seyn sollte, wie kann es für rechtlich gehalten werden, die Gläubiger eines noch lebenden Schuldners zu einem solchen Nachlaßvertrag zu zwingen, da ja eben für diesen Zweck die Rechte die cessio bonorum eingeführt haben [10], wo dann aber alles Uebrige der rechtlichen Ordnung der Dinge überlassen blieb. Hiergegen ist nun aber zur Vertheidigung der Vernunftmäßigkeit der Praxis zu erinnern: **Erstens**, es ist an sich nichts ungewöhnliches, daß die Rechte zur Erreichung des nämlichen oder verwandter Zwecke verschiedene Mittel gestatten; **zweitens** finden sich auch bei den zwei verschiedenen hier fraglichen Rechtsmitteln verschiedene Richtungen. Die cessio bonorum befreit nämlich zwar von der juristischen infamia, aber sie kann nie von dem Makel befreien, den der auf die Güterabtretung folgende Zwangsverkauf factisch nach sich zieht, wegen der Entblößung von allen Mitteln und dieß erkennt Nov. 4, c. 3. und Nov. 135. selbst unumwunden an. Durch einen Nachlaßvertrag aber, wo der Schuldner im Besitz seines Vermögens bleibt, kann auch dieser Nachtheil entfernt werden. Und daß auch

10) Vergl. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 197 flg. und besonders L. 11. C. quib. ex c. infamia irrog.

bei uns dergleichen Nachtheile aus einem Concursverfahren entstehen, besonders bei kaufmännischen Banquerouten, wo sogar nach einzelnen Landesgesetzen, und selbst nach den ehemaligen Reichsgesetzen eine juristische oder staatsrechtliche infamia eintreten kann, wird nicht geläugnet werden. Gewiß war übrigens auch die Schonung in der öffentlichen Meinung, also die Abwendung der infamia facti der Hauptgrund, weshalb die Antonine die Nachlaßverträge einführten; denn sollte wohl die ignominia, die auf einen defunctus fallen konnte, noch bedeutende juristische Nebenwirkungen gehabt haben? So wie nun auf der einen Seite die Behandlung der Gläubiger dem Schuldner mehr gewährt, als die einer cessio bonorum, so kann sie auch in mehreren Beziehungen den Gläubigern vortheilhafter seyn. Dem Wechselgläubiger z. E. bleibt die Wechselklage, wenn auch für den verminderten Betrag; und endlich muß nach der Natur des Concursprocesses, wenn der Schuldner einigermaßen Zutrauen verdient, oder verhältnißmäßige Anerbietungen gemacht werden, die außergerichtliche Abwickelung des Creditwesens auf den Grund eines geschlossenen Vergleichs oft für wünschenswerther gehalten werden, als die Einleitung oder Fortsetzung eines förmlichen Concurses. Beweist ja auch L 7 §. 18. D. *de pactis*, daß die Gläubiger eines Verstorbenen zuweilen es für zweckmäßig gefunden haben, einen haeres extraneus zur Antretung einer verschuldeten Erbschaft auf ihre Gefahr zu veranlassen, und gewiß darf das Interesse der Gläubiger selbst bei der causae cognitio, über einen angebotenen Nachlaßvertrag, auch in dieser Hinsicht, nicht unberücksichtigt bleiben. — Wir knüpfen nun an das Bisherige die Darstellung des practischen Rechts, so weit es nicht durch Landesgesetze und speciellen Gerichtsbrauch bestimmt ist.

§. 1.

Wer kann die Gläubiger zu einem Nachlaßvertrag provociren?

Die Provocation findet Statt:

1) wenn der Fall der L. 7. §. 17. ff. D. *de pactis* und der L. 23. D. *quae in fraud. cred.* in terminis vorhanden ist, also von Seiten des Erben eines verschuldeten Nachlasses vor dem Antritt desselben. Hier bedarf es keiner besondern Begründung.

Ob nicht auch ein Erbe, der cum beneficio inventarii angetreten hat, die Behandlung der Gläubiger rechtlich fordern könne? ich glaube nicht; denn eine venditio bonorum oder ein Concursverfahren kann in diesem Falle nicht vorkommen; der Erbe behält nach dem neuesten Recht die Verwaltung, und ist auch dazu verpflichtet; die Gläubiger aber können nur einzeln ihre Befriedigung fordern [11]). Sollte sich der Erbe suspect machen, so können zwar die Gläubiger nach dem allgemeinen Recht eine Beschlagnahme und Verkauf des Nachlasses fordern [12]), das Verfahren aber ist gegen den Erben zu richten, den Verstorbenen kann dabei kein Nachtheil treffen, und der Erbe verdient in diesem Fall keine Nachsicht.

2) Nach der durch die Praxis angenommenen, und vorhin gerechtfertigten Ausdehnung des ursprünglichen Rechts: von Seiten jedes insolventen Selbstschuldners, der a) ohne eigne Schuld einem seiner bürgerlichen Existenz nachtheiligen Concurs- oder Creditverfahren ausgesetzt, auch b) im Allgemeinen zu paciscciren rechtlich fähig ist, und endlich c) seinen Gläubigern solche Anerbietungen machen kann, welche demjenigen wenigstens gleichkommen, was dieselben im streng rechtlichen Wege erlangen könnten.

Das Requisit der Insolvenz und verhältnißmäßiger Vorschläge versteht sich von selbst; ein Mittel zur Bereicherung soll das Accordiren niemals seyn; daß das Behandlungsverfahren nur den Zweck habe, nachtheilige Folgen, die aus

---

11) L. 22. §. 4 C. *de jure delib.*

12) L. 31. D. de reb. auct. jud. poss.

einem Creditverfahren für die bürgerliche Existenz des Gemeinschuldners erwachsen, zu entfernen, ist oben gezeigt. In wie fern dergleichen Folgen, wäre es auch nur eine Veränderung in der Meinung der Mitbürger, anzunehmen und daher Behandlungsvorschläge zuläßig sind, muß nach jedes Landes Gebrauch und Gewohnheit beurtheilt werden; bei kaufmännischen und verwandten Gewerben, welche in einem öffentlichen Vertrauen beruhen, werden in der Regel derlei Folgen eintreten [13]. Wer in der öffentlichen Meinung schon so tief steht, daß er nichts oder wenig mehr darin verlieren kann, z. E. ein schon früher anerkannter, muthwilliger Banqueronteur, wird mit keinen Vergleichsvorschlägen gehört werden können. — Daß der Provocant den Vermögensverfall nicht verschuldet haben müsse, liegt in der Analogie der cessio bonorum. Wem nicht einmal diese Rechtswohlthat verstattet werden kann, der kann noch weniger einen Nachlaßvertrag erzwingen dürfen [14].

Im Allgemeinen kann es in dem Provocationsrecht des Gemeinschuldners nichts ändern, ob bereits der formelle Concurs eröffnet ist oder nicht, denn auch der Cridarius kann noch paciscieren, für den Fall, daß der Concurs wieder auf-

13) Die ältern Practiker übersehen diesen Punkt ganz, aber einer Praxis, der es um irgend ein festes Princip zu thun ist, darf, dünkt mich, den geschichtlichen Grund nicht außer Augen lassen. Ohne jenen obigen Grund würde das Behandlungsverfahren eine offenbare Rechtswidrigkeit seyn.

14) Straccha, in seiner Abhandlung de decoctoribus (S. tractat. de Mercatura ed. Francof. 1622 fol. pag. 451.) wo er überhaupt die Behandlung der Gläubiger nur auf drei Fälle — wenigstens im Handelsrecht — beschränken will, nimmt an, daß auch dann ein Accord gegen die dissentirende Minorität durchgesetzt werden könne, wenn ein fallirter Kaufmann flüchtig ist, sein Vermögen den Gläubigern entzogen hat und nun einen Accord anbietet. Das Intresse der Gläubiger selbst rathet hier freilich die Annahme eines Accords dringend an.

gehoben wird, so wie der Erbe vor Antritt der Erbschaft mit den Gläubigern paciściren darf, auf den Fall, daß ein allgemeiner Vergleich zu Stande kommt und er dem gemäß die Erbschaft antritt. Die Voraussetzungen des Behandlungsgesuches bleiben übrigens die nämlichen. Wir werden jedoch wegen des eintretenden Verfahrens uns hauptsächlich nur mit dem principaliter auf den Antrag des Gemeinschuldners [15] einzuleitenden Behandlungsversuch beschäftigen.

§. 2.

Bei welchem Richter ist das Gesuch anzubringen?

Ist noch kein Concurs eröffnet — denn wenn dieß der Fall wäre, so folgt der Incidentpunkt dem Gerichtsstand der Hauptsache — so läßt sich wohl die Frage wegen des Gerichtsstandes nicht als ganz zweifellos ansehen. Der Gemeinschuldner ist Provocant und hat die Rolle des Klägers; er müßte daher dem Forum der Provocaten nachgehen, und wenn nun, wie es meist der Fall seyn wird, die Gläubiger verschiedenen Gerichten unterworfen sind, so müßten die Grundsätze Platz greifen, welche man bei einer sogenannten continentia causarum formali — doch ist hier auch eine continentia materialis vorhanden — zu befolgen pflegt. Indessen ist es wohl allgemein angenommen, daß ein noch lebender Gemeinschuldner die Provocation bei dem Richter seines Wohnorts oder seiner Person anzubringen befugt sey, und dafür lassen sich auch mehrere Rechtsgründe anführen. Zuerst nämlich die Analogie des Concursprocesses. Auch der Behandlungsversuch ist ein judicium universale. Dazu kommt, daß ein solches

15) Daß ein Anderer Vergleichsvorschläge machen könne, ist freilich unbedenklich, aber gegen die Minorität wird er doch die Annahme nicht erzwingen können. Auch hier hat Straccha einen besondern Fall: es sollen nämlich die filii familias eines abwesenden decoctor einen Nachlaßvertrag zu erzwingen befugt seyn, ja überhaupt schon der künftige Erbe eines noch lebenden Schuldners. Das Unrichtige dieser Behauptungen ist wohl augenfällig

Verfahren, wo schon concursus materialis, wie man zu sagen pflegt, vorausgesetzt wird, in naher Verbindung mit dem bestehenden formellen Concurs steht, leicht in denselben übergehen kann und schon ein vorläufiges Einschreiten des Concursrichters zur Sicherstellung der Masse nöthig macht. Es tritt also L. 10. C. de judic. analogisch in Anwendung. Endlich kann man sagen, der Gemeinschuldner provocirt seine Gläubiger ad liquidandum; sie müssen daher, wie beim Provocationsproceß ex l. diffamari seinem Gerichtsstand folgen. — Bei noch nicht angetretenen Erbschaften muß aus ähnlichen Gründen der judex haereditatis sitae für competent geachtet werden.

§. 3.

Verfahren [16]).

a) Anbringung des Behandlungsgesuchs.

Nach der Natur der Sache — denn hier wird man sie wohl gelten lassen — und nach dem Obigen muß der Provocant sogleich bei Anbringung des Behandlungsgesuchs seinen insolventen Vermögenszustand darlegen, und deßhalb ein Inventarium oder status bonorum übergeben; er muß ferner, wenn er nicht etwa in der Eigenschaft eines Erben handelt, die Ursachen des Vermögensverfalls, und seine eigene Schuldlosigkeit dabei nachweisen, endlich angemessene Vergleichsvor-

---

16) Particularrechte bestimmen dasselbe näher, doch im Ganzen ziemlich übereinstimmend. Außer der preuß. A. G. O. Th. 1. Tit. 49 und Tit. 50. §. 595. flgg. soll hier nur des sächsischen Rechts Erwähnung geschehen, wo die Leipziger Handelsordnung Tit. 23. 25. besonders in Betracht kommt. Vergl. auch Jo. Godofr. *Baueri* diss. de pacto remissorio ante conc. formalem in foro Sax. Lips. 1755. Jo. Tob. *Richteri* proc. pacti remissorii iur. Sax. Lips. 1759. Schon Estor d. Rechtsgelahrth. §. 4898. sqq. bemerkt, daß das sächsische Verfahren als Vorbild dienen könne, wenn man ihm auch nicht zu folgen gezwungen sey. Wegen anderer Particularrechte vergl. Reichardt zu Schaumburg II, VIII, 5.

schläge machen. Findet das Gericht den Antrag nicht in sich selbst verwerflich, so ist die Vorladung der Gläubiger und zwar aller [17]) zu verfügen. Wer unter den creditoribus zu verstehen, lehren folgende Stellen: *Gajus* L. 11. D. de V. S. „creditorum appellatione accipiuntur, quibus qualibet ex causa debetur." *Ulpianus* L. 10. ib. „creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario, *sive pure, sive in diem, vel sub conditione.* Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Ueberhaupt also würden es dieselben seyn, die auch im Concurs liquidiren müssen. Ob denn aber auch wirklich creditores conditionales zuzuziehen sind und bei dem Nachlaßvertrag eine entscheidende Stimme haben? Man muß, glaube ich, nicht nur das Erstere, sondern auch das Letztere zugeben. Zwar wenn künftig die conditio nicht eintritt, so würde die Sache wegen des Nachlaßvertrages durch eine Forderung entschieden worden seyn, die nun von Anfang an für nicht existirend anzusehen ist, und creditores conditionales können auch im Concurs noch auf keine Befriedigung antragen, sondern nur auf Sicherheitsstellung, wie ich in meinen Institutionen S. 573. Note 56 ausgeführt habe. Wenn sie nun aber diese erlangen, so würde ihre Lage offenbar besser seyn, als die der Gläubiger mit unbedingten Forderungen. Die Schwierigkeit kann meines Erachtens nicht anders gehoben werden, als daß man streng nach L. 10. D. de V. S. geht, den creditoribus conditionalibus also ebenfalls eine entscheidende Stimme über die zu leistenden Procente zugesteht, den Provocanten aber, für den Fall, daß künftig die bedingte Forderung wegfällt, zur Nachzahlung

17) L. 10. pr. D. *de pactis*. Rescriptum D. Marci sic loquitur, *quasi omnes creditores debeant convenire*. Sonst ist das pactum nicht obligatorisch. L. 7. §. 19. D. ib.

verhältnißmäßiger Procente verpflichtet. Es bedarf nun jedenfalls blos einer einmaligen [18]), aber präjudiciellen oder peremtorischen Ladung der bekannten Gläubiger [19]); indessen ist es räthlich, und wohl auch unsern Sitten gemäß, eine Edictal-Ladung an die unbekannten Gläubiger zu erlassen und das Gericht wird sowohl von Amtswegen, als auch auf den Antrag der Gläubiger dazu schreiten müssen, wenn die Angabe des Passivstatus Zweifel gegen die Genauigkeit oder Vollständigkeit übrig lassen sollte. Den bekannten Gläubigern kann meines Erachtens nur die Warnung gestellt werden, daß bei ihrem Ausbleiben sie als dem Beschluß der Mehrheit beitretend und unterworfen erachtet werden sollten [20]); den unbekannten dagegen — weil hier der Zweck der Ladung Constituirung der Passivmasse ist — das Präjudiz der Ausschließung von der jetzigen Masse. Gleichzeitig wird nun auch das Gericht Maasregel zur Sicherstellung der Masse für den Fall des eben ausbrechenden Concurses treffen müssen. Nur wird der Concurs selbst, zu dessen Abwendung ja das ganze Verfahren dient, noch nicht eröffnet werden können. Ausgenommen von der Zusammenberufung sind allein die hypothekarischen und Pfandgläubiger; diesen bleibt ihr ganzes Recht, selbst wenn die Unterpfänder unzureichend seyn sollten [21]). Es ist ihnen daher höchstens nur Nachricht von dem Creditwesen zu geben. Von **blos privilegirten Gläubigern** gilt das

---

18) Arg. L. 72. D. *de judic.* Vergl. *Mevius* Discuss levam. inop. deb. c. 3. No. 109. sqq. *Kettler* decis. 89. No. 10.

19) Bei den Römern scheint wenigstens eine Edictal-Citation nicht gewöhnlich oder üblich gewesen zu seyn.

20) Arg. L. 10. pr. D. l. c.

21) Ausdrücklich sagt Ulpian mit Beziehung auf alles Vorhergehende, a. a. O. „haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt." Ohne allen gesetzlichen Grund nehmen ältere Practiker an, daß, wenn blos hypothekarische Gläubiger vorhanden wären, auch hier die Majorität die Minorität zu einer Remission nöthigen könne.

bekanntlich nicht [22]). Sollte sich übrigens ein Pfandgläubiger in den Nachlaßvertrag, oder auch nur in die Unterhandlungen einlassen, ohne sein Pfandrecht in Anspruch zu nehmen und sich von der durch keine Pfänder gedeckten Gläubigerschaft abzusondern, so würde auch er den Nachlaßvertrag gegen sich anerkennen müssen, wie es klar aus L. 58. §. 1. D. mandati (von welcher Stelle unten mehr) erhellet.

b) Verfahren im Präjudicialtermin.

Sind alle Gläubiger einverstanden über den zu bewilligenden Erlaß, so hat es dabei sein Bewenden und es bedarf nicht einmal eines gerichtlichen Decrets zur Giltigkeit des Abkommens [23]). Widerspricht aber auch nur ein einziger Gläubiger, so wird eine gerichtliche causae cognitio erforderlich. Die Contestationen können nun betreffen

1) die Zuläßigkeit des Behandlungsgesuchs an und für sich, wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse, insbesondere, daß kein vollständiger oder genauer status bonorum vorgelegt sey; daß der Provocant den schuldlosen Vermögensverfall nicht gehörig nachgewiesen habe, daß seine Vergleichsvorschläge nicht im Verhältniß mit der vorhandenen Masse stehen. Diese Puncte sind präjudicieller Natur; selbst wenn die Mehrheit der Gläubiger einverstanden seyn sollte über die Zuläßigkeit des Accords, kann dadurch doch einem Einzelnen kein Zwang auferlegt werden [24]); die Sache ist zwischen dem Provocanten und den widersprechenden Gläubi-

---

22) Es liegt klar in Ulpians angef. Stelle und die schwierige und dunkle Stelle von Paulus in L. 58. §. 1. D. *mandati* kann wenigstens nie beweisen, daß sich die blos privilegirten Gläubiger von der Theilnahme am Accord ausschließen können.

23) L. 7. §. 19. D. *de pactis.*

24) Nur darüber hat die Mehrheit eine entscheidende Stimme: quota parte debiti contenti sint. S. l. c.

gern auszuführen [25]). Unstreitig aber kann dem Gemeinschuldner der Manifestationseid abgefordert werden [26]).

2) Die Richtigkeit der Liquidationen der einzelnen Gläubiger und die darnach anzulegende Berechnung der Majorität für oder gegen den Accord. Es ist bekannt, daß es dabei auf die Feststellung des genauen Betrags jeder Forderung mit Einschluß aller Zinsen ankömmt, nicht auf die Personenzahl. Die Richtigkeit einer Forderung kann dargethan werden a) durch das Geständniß des Gemeinschuldners. Denn so lange noch nicht der formelle Concurs eröffnet ist, bleibt die volle Beweiskraft der confessio stehen, wohl aber können andere Gläubiger, wenn fraus oder Collusion dabei erweislich ist, die Giltigkeit des Geständnisses anfechten und sich durch die exceptio fraudatorum creditorum gegen den Vergleichszwang schützen [27]). Außerdem muß die Richtigkeit des Liquidats b) durch Beweis — im Wege eines summarischen Verfahrens gegen den Schuldner festgestellt werden, und hier dürfen andere Gläubiger interveniren.

Wie aber, wenn ein Gläubiger gar nicht liquidiren will, z. B. erklärt, bessere Umstände abwarten zu wollen? Dies brauchen sich die dissentirenden Gläubiger nicht gefallen zu lassen. Wir haben oben gesehen, omnes creditores convenire debere. Der Passivstatus muß nothwendig ermittelt werden, weil sonst keine Sicherheit für die Erfüllung des Vergleichs vorhanden ist. Es wird in einem solchen Fall nichts übrig bleiben, als einen Gläubiger dieser Art ad

25) Consentirende Gläubiger können zwar auf Seiten des Provocanten accessorisch interveniren, nicht aber direct, wie mir scheint, den Consens der dissentirenden erzwingen wollen.

26) Particulargesetze verlangen dies von Rechtswegen sogleich in limine judicii.

27) Vgl. L. 1. D. de confess. L. 8. D. de cessione bonor. L. 9. §. 5. D. de jurejur. L. 54. D. de manumiss. testam. L. 23. D. quae in fraud. credit.

agendum zu provociren und entstehenden Falls seine Präclusion aussprechen zu lassen.

Stehn nun endlich die Liquidationen fest, so hat der Provocant den Nachweis zu führen, daß die Mehrheit der Gläubiger nach dem Quantum der Forderungen den gebotenen Accord eingehen wolle, oder wenigstens einen bestimmten Erlaß bewillige, mit dem er selbst zufrieden ist.

§. 3.

Final-Entscheidung.

Der Richter hat nach Erörterung aller Streitpunkte nicht allein sich damit zu beschäftigen, ob eine überwiegende Partei unter den Gläubigern für die Annahme des Accords vorhanden sey, sondern auch die Requisite des Behandlungsgesuchs und die Gründe, aus welchen einzelne widersprechen, genau zu untersuchen. Denn es darf nie vergessen werden, daß der Zwang zu einem Vergleich etwas contra jus commune sey. Sicher ist der Richter durch die Ansichten der Majorität nicht unbedingt zur Bestätigung des Accords verpflichtet [28]), sondern nur ex justa causa, die bei jedem richterlichen Decret vorausgesetzt wird; er muß die Bestätigung versagen, wenn die Minorität offenbar zu einem unverhältnißmäßigen, oder nach allen Umständen unbilligen Vergleich genöthigt werden würde. Worauf nun bei Ausmittelung der überwiegenden Stimmen der Richter sein Absehn zu richten habe, sagt L. 8. und 9. D. de pactis deutlich genug; nämlich zuerst auf die durch Zusammenrechnung der einzelnen

28) Es heißt im Gesetz: si dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis sententiam. Jedes Decret setzt causae cognitionem voraus. (L. 9. §. 1. D. de off. procons. L. 71. 105. D. de R. J.) Muß ja der Prätor bei Transactionen über Alimente, wenn auch die Partheien einig sind, dennoch causa und modus sorgfältig untersuchen. — Vollkommen einverstanden hiermit ist Stracha a. a. O. S. 452. und die von ihm Angeführten.

Liquidate sich ergebende Mehrheit übereinstimmender Gläubiger; ist gleicher Betrag vorhanden, auf die Mehrzahl der Gläubiger nach den Personen; und bei gleicher Personenzahl soll für den Accord gesprochen werden. Denn, wenn auch geboten wird, im letztern Fall vorerst auf die dignitas personarum zu sehen, welche für oder gegen stimmen, so kann dieß wohl nicht mehr als eine zeitgemäße Bestimmung angesehen und festgehalten werden [29]). Wenn sich nun aber mehr als zwei Ansichten geltend machen und für keine derselben absolute Mehrheit — die doch gewiß gefordert wird [30]), sich herausrechnen läßt? z. E. es stimmen 1000 für die Verwerfung des Accords, 500 für die Annahme desselben auf 20 pCt. und 1000 wollen nur auf 30 pCt. eingehn? Das Gesetz entscheidet Nichts. Ich meine, es ist hier der Vergleich zu verwerfen, denn das rescriptum D. Marci fordert communem, wenigstens *majoris partis consensum*, *quota parte debiti contenti sint*. Es ist aber kein Consens im wesentlichen vorhanden, wenn der eine mehr verlangt, als der andere. Denn was Julian in L. 27. §. 3. D. de recept. bei mehrern Schiedsrichtern annimmt:

> si ex tribus arbitris unus XV, alius X, tertius V condemnet; quinque debere praestari, *quia in hanc summam omnes consenserunt*,

paßt in keinem Fall auf unsre Frage; sonst entstünde in dem angeführten Beispiel die widersinnige Folge: daß die Minorität gegen zwei größere Partheien entschiede. — Daß übrigens gegen den Finalbescheid Rechtsmittel mit voller Kraft Statt finden, versteht sich von selbst.

---

29) Eine andere Meinung deutet Thibaut im Syst. des P. R. a. a. O. an. Die Gründe sind mir unbekannt; es scheint mir aber im Privatrecht nach unsern Sitten Gleichheit des Rechts die vorherrschende Ansicht zu seyn.

30) Andere Ansichten, aber ungegründet, stellt auf *Lauterbach* diss. all. thes. 22.

§. 4.

Wirkungen des Nachlaßvertrags.

Alle Forderungen [31]) der im Accord begriffenen Gläubiger werden auf den vereinbarten Betrag per exceptionem pacti herabgesetzt. Eine Nachforderung findet nicht Statt; läßt es sich jedoch erweisen, daß der Schuldner dolose gehandelt, so können die Gläubiger unfehlbar das Ganze fordern, und der exceptio pacti die replicatio doli sive fraudatorum creditorum entgegensetzen [32]). Statt alles Uebrigen folge nun hier die Erklärung von L. 58. §. 1. D. *mandati*, eines mit Paulianischer Dunkelheit geschriebenen Fragments, dessen Text jedoch hinsichtlich der Lesart durchaus keinen erheblichen Varianten darbietet.

Paulus sagt zuerst: hat der Gläubiger eines Gemeinschuldners zugleich einen fideiussor oder mandator zur Sicherheit seiner Forderung erhalten, und hat er sich auf die Vergleichsverhandlungen des Erben eingelassen und den Accord gefallen lassen oder gefallen lassen müssen, so kommt auch den Bürgen die exceptio pacti zu gut [33]). Dann aber setzt er hinzu: Ein Anderes sey es, wenn der Gläubiger keinen Theil an den Verhandlungen genommen habe, sondern absens gewesen wäre. Hier bleibe ihm sein volles Recht an den dritten Verpflichteten [34]); denn es würde unbillig seyn, dem

---

31) Eine Menge von Beschränkungen, welche Gläubiger der Nachlaßvertrag nicht binden soll, findet sich bei Brunnemann aus Berlich e. d. a. a. O. woraus wieder Böhmer geschöpft hat. Nur einzelne rechtfertigen sich aus den Gesetzen und der Natur der Sache, und sind insoweit auch in den obigen Bemerkungen schon enthalten; die meisten aber sind unhaltbar.

32) Stracha und Mevius nehmen in diesem Fall, wie ich glaube, civilistisch unrichtig, eine condictio ob turpem causam an.

33) Unstreitig nach dem allgemeinen Grundsatze, daß pacta im Zweifelsfall *in rem* sind, und also auch die exceptio pacti dem Bürgen nützt.

34) Diesen Satz vermißt man, den Worten nach, bei Paulus und

absens ein Recht abzusprechen, was er sich bei den Vergleichsverhandlungen durch eine Protestation hätte sichern können, so wie man sich auch ein pignus oder privilegium durch eine Protestation sichern und desfalls das decretum praetoris verbitten könne. Man möchte, fährt Paulus fort, vielleicht dagegen erinnern, daß Interesse des Erben, (auf dessen Scherheit es bei dem pactum hauptsächlich abgesehen war) fordere, dem mandator oder fideiussor auch in diesem Fall, wenn der Gläubiger absens war, die exceptio pacti zu geben. Allein in Ansehung des Erben sey dies einerlei; der gewinne und verliere nichts, sondern er brauche ja dem mandator oder fideiussor nur die accordirten Procente zu erstatten. Hätte sich indessen der absens gewesene Gläubiger schon an den Erben selbst gehalten, so könne er sich nicht mehr an die Bürgen halten, weil er stillschweigend sich dem Nachlaßvertrage hierdurch unterworfen habe.

Hierbei ist nun noch folgendes zu erinnern:

1) man sieht aus den angeführten Stellen: auch die Bürgen des Gemeinschuldners müssen sich dem Accord unterwerfen und ihn bei ihrer Entschädigungsklage sich gefallen lassen. Und warum? der Gläubiger kann ihnen seine actiones nur noch pro parte cediren und sie selbst sind wegen ihrer actio mandati schon conditionelle Gläubiger, weshalb sie an den Vergleichsverhandlungen Theil nehmen oder die Entscheidung der Mehrheit anerkennen müssen. Im erstern Fall stellen sie unstreitig mit dem Gläubiger selbst nur eine Person und ein debitum dar, nach Analogie von L. 8. pr. D. de pactis. Hierdurch wird das, was oben von den creditoribus conditionalibus gesagt ist, bestätigt.

---

dieß macht das Fragment zum Theil so unverständlich. Daß Paulus Obiges sagen wollte, kann wohl keinen Zweifel haben. So versteht es auch Stracch a a. a. O. und *Trentaciaque* resolut. pract. lib. 3, de solution. v. 3. n. 9.

2) Paulus sagt, obgleich nur beiläufig: auch wer ein Privilegium habe, könne sich dasselbe durch eine Protestation erhalten und sich insofern gegen das Decret des Prätors sichern; auch bleibe dasselbe bei Kräften, wenn man an den Verhandlungen keinen Theil genommen habe. Im Allgemeinen hat es nun wohl keinen Zweifel, daß dem Gläubiger sein etwaniges Privilegium bleibe, jedoch nur für den accordirten Betrag. In der That aber scheint Paulus zu sagen, daß man sich mit dem Privilegium, wie beim pignus, die ganze Forderung, des Accords ungeachtet, erhalten könne; und dieß wäre im Widerspruch mit dem, was Ulpian in L. 10. pr. *de pactis* mit der größten Bestimmtheit aus einem rescripto D. Pii bemerkt: privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Wollen wir nun nicht mit Cujacius [35]) unsern Paulus der Ignoranz hinsichtlich dieses Rescripts anklagen; wollen wir auch nicht mit andern [36]) die Vergleichung, welche Paulus anstellt, nur als etwas ganz beiläufiges ansehen und darauf beziehen, daß das Recht gegen den fideiussor an und für sich eben so wenig als ein privilegium durch einen Accord verloren werde: so müssen wir die von der Glosse angedeutete Meinung annehmen, daß das privilegium bei Paulus von einem solchen zu verstehen sey, womit zugleich eine wirkliche Hypothek gesetzlich verbunden ist. Und dieß macht freilich die wenigste Schwierigkeit [37]).

3) Mehreres, was Paulus sagt, wird bei uns dadurch unpraktisch, daß den Gläubigern bei ihrer Zusammenberufung

---

35) Zur L. 10. D. de pactis. Ebenso *Mevius* discuss. levam. inop. debitoris c. 3. No. 179.

36) *Vinnius* de pact. c. 17. No. 8. *Tabor*. praef. tract. de altero tanto. §. 7.

37) Den Hypothecarien gänzlich gleich stellt Berlich (Dec. p. II. No. 242.) die s. g. eximie privilegiatos. Z. B. also, die Forderung der Leichenkosten. Aber auch hier fehlt es an genügenden Gründen.

das Präjudiz gesetzt zu werden pflegt, wenigstens gesetzt werden kann, daß bei ihrem Ausbleiben sie als einwilligend in den Accord angesehen werden sollen.

XVI.

Einiges über die Verbindlichkeit zur Litis-Denunciation.

Von Herrn Bürgermeister Duntze zu Bremen.

§. 1.

Es ist eine bekannte Controverse, wenigstens der neuern Zeit, ob die Litis-Denunciation nur in Evictionsfällen oder auch in andern Rechtsverhältnissen, wo jemand, wie man dabei sich auszudrücken pflegt, gegen einen Andern seinen Regreß nehmen will, bei Verlust des Rechtsanspruchs an Jenen geschehen müsse?

Die Frage ist offenbar in hohem Grade practisch; dennoch findet sich, so viel wenigstens dem Einsender dieses Aufsatzes bekannt ist, mit Ausnahme der Gönnerschen Abhandlungen, wovon weiter unten die Rede seyn wird, nirgend eine ausführliche Erörterung derselben.

Die ältern Commentatoren, Cujacius, Duarenus, Donellus, Giphanius, Frantzke, Voet, Huber u. A. erwähnen der Verbindlichkeit zur Litis-Denunciation nur bei der Eviction und nur in Beziehung auf diese; sie nehmen jene nur bei Evictionsfällen an, und wenn sie sich nicht ausdrücklich darüber erklären, daß und warum dieselbe nicht in andern Verhältnissen eintrete, so hat dieß lediglich darin seinen Grund, daß die Meinung, welche dieses annimmt, erst in